

**A. I. Nº** - 206880.0409/07-8  
**AUTUADO** - POSTO GRUTA DA LAPA LTDA.  
**AUTUANTE** - EDIMAR NOVAES BORGES  
**ORIGEM** - INFAZ BOM JESUS DA LAPA  
**INTERNET** - 16.04.08

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0076-04/08

**EMENTA:** ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. DOCUMENTO FISCAL EMITIDO REGULARMENTE ESCRITURADO NA CONDIÇÃO DE CANCELADO. Verificado que as mercadorias descritas nas notas fiscais encontram-se enquadradas no regime de substituição tributária. Configurando-se, apenas, descumprimento de obrigação de natureza acessória, com aplicação de penalidade específica. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/09/2007, refere-se à exigência de R\$ 10.000,00 de ICMS, acrescido da multa de 70%, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis em decorrência de escrituração de nota fiscal na condição de cancelada, deixando de recolher o imposto.

O autuado em sua defesa fls. 26 a 33, impugna a autuação, ressaltando que o autuante não respeitou o princípio da legalidade e cita dispositivos da CF/88 e do CTN que tratam do referido princípio.

Alega que opera com o ramo de posto de combustível cujas mercadorias são enquadradas no regime de substituição tributária, sendo assim qualquer espécie encontrada decorrente de omissão de saída, não é tributada, haja vista que a tributação de combustível é antecipada. Conclui dizendo que as saídas subseqüentes das referidas mercadorias estão desoneradas do imposto. Pede que o Auto de Infração seja julgado Nulo.

O autuante em sua informação fiscal (fls. 36 e 37), diz que a imputação ao contribuinte ocorreu em razão de cancelamento irregular de notas fiscais faturadas para a Prefeitura Municipal de Sítio do Mato-BA, em processo originário do Tribunal de Contas dos Municípios – processo SIPRO 074672/2006-7.

Registra que, constatou que o autuado emite as notas fiscais, recebe dos cofres públicos pelos produtos e posteriormente “Cancela” os documentos fiscais, sem contudo, apresentar ao fisco, todas as vias canceladas.

Afirma que as mercadorias constantes das notas fiscais (gasolina e diesel) são tributadas por substituição. Sendo assim o legislador determinou a antecipação do fato gerador do imposto, porém manteve os requisitos e fundamentação da tributação normal, entre estas a determinação de que encontrado mercadoria em situação irregular, é devido o ICMS por substituição, bem como o normal. Enfatiza que considera uma situação irregular, o cancelamento impróprio de nota fiscal quando esta corresponde a uma efetiva operação mercantil realizada.

Sustenta que quando o autuado emite documento fiscal, recebe pela mercadoria vendida e posteriormente o cancela; indica no livro fiscal este fato e não oferece à fiscalização cópia do referido documento, diz entender que está vinculada a uma situação anterior ilícita de recebimento de mercadoria, sem comprovação da origem do documento fiscal e conseqüentemente sem o devido lançamento e pagamento do tributo.

Defende ainda que o procedimento do autuado tem por objetivo uma suposta regularização no livro Registro de Inventário e do livro Movimentação de Combustível de produtos recebidos sem

documentação fiscal ou com documentos inidôneos, sem lançamento e pagamento do imposto por antecipação. Encerra pedindo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

## VOTO

Inicialmente rejeito a nulidade suscitada pelo autuado, vez que a infração foi descrita de forma satisfatória, sendo acompanhada de levantamento fiscal, com a indicação dos dispositivos infringidos, o contribuinte apresentou sua impugnação aos fatos narrados, não havendo nenhum cerceamento do seu direito de defesa ou prejuízo ao princípio do contraditório. Além do mais, a nulidade suscitada não se enquadra nas situações previstas no art. 18, do RPAF-BA.

No mérito o Auto de Infração acusa o contribuinte de ter omitido saídas de mercadorias tributáveis em decorrência de cancelamento irregular de Notas Fiscais, deixando de recolher o ICMS correspondente. Acrescentou que o sujeito passivo por vezes escriturava as notas fiscais no livro Registro de Saídas, pelo número do formulário.

O autuante enfatizou que as notas fiscais de n<sup>os</sup> 1929 e 1931 (fls. 08 e 09), correspondentes aos formulários n<sup>os</sup> 1912 e 1914, foram escrituradas no livro fiscal próprio como sendo canceladas, no entanto não foram apresentadas todas as vias à fiscalização.

Afirmou, ainda, que as mercadorias (diesel e gasolina) constantes dos referidos documentos fiscais foram vendidas à prefeitura municipal de Sítio do Mato, de quem obteve cópias das primeiras vias das mesmas e juntou ao processo.

Observe que as notas fiscais n<sup>os</sup> 1929 e 1931, (fls. 08 e 09) citadas, foram registradas no livro Registro de Saídas referindo-se aos formulários n<sup>os</sup> 1912 e 1914, sendo que no mesmo livro constou a observação do seu cancelamento, sem o registro de qualquer valor.

Vejo que as mercadorias, relacionadas nos documentos fiscais anteriormente referenciados, são efetivamente, diesel e gasolina comuns e estão enquadradas no regime de substituição tributária, conforme prevê o art. 352, inciso II do RICMS/97.

O sujeito passivo alegou em sua defesa que não caberia a cobrança do imposto na forma que foi feito por se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e que por isso as saídas subseqüentes estão desoneradas do imposto.

O autuante, por sua vez, sustentou que a imputação fiscal originou pelo fato do cancelamento e da escrituração irregular dos documentos fiscais anteriormente citados, uma vez que não foram exibidas ao fisco todas as suas vias corretamente canceladas.

Entendeu que diante dos fatos não restou dúvida de que houve omissão de saídas de mercadorias tributáveis, em decorrência de cancelamento irregular de notas fiscais, por ter deixado o contribuinte de recolher o ICMS.

Estaria correto o procedimento do autuante, se as operações de saídas das mercadorias realizadas pelo posto de combustível fossem tributadas regularmente. A repercussão do cancelamento irregular e da falta de escrituração completa, aliados à comprovação de que o destinatário recebeu a mercadoria, é de omissão de saídas quando a operação é efetivamente tributada.

Neste caso específico, entretanto, como se trata de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, prevista no art. 353, inciso II, do RICMS/97, presumidamente, visto que não existiu prova, já houve o pagamento do ICMS, na aquisição originária das mesmas. Sendo assim, as suas saídas subseqüentes estão desoneradas do imposto, como preceitua o art. 356, do referido regulamento. Portanto, no caso em discussão, cabe apenas a aplicação de multa formal por descumprimento de obrigação acessória, nos termos do Art. 157 do RPAF/BA.

O procedimento irregular do sujeito passivo, sugere a aplicação de outro roteiro de fiscalização, o de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, para verificar se houve omissão de entradas, para em seguida analisar a repercussão dos seus fatos à luz da legislação.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, pelo que aplico a penalidade prevista pelo Art. 42, inciso XVIII, “b” da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$ 140,00.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206880.0409/07-8**, lavrado contra **POSTO GRUTA DA LAPA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 140,00**, prevista no art. 42, inciso XVIII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 abril de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA